



ADVIES

Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek (nr. 54-2043/001)

Naar aanleiding van de bespreking van het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek¹, hebben de leden van de Kamercommissie voor de Justitie de wens uitgedrukt om een schriftelijk advies in te winnen van de Orde van Vlaamse Balies.

De Orde verwelkomt de uitnodiging van de Kamercommissie en bezorgt haar hierbij haar belangrijkste opmerkingen, met name met betrekking tot de volgende onderwerpen:

- de notificatieplicht, die ingevolge de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het advies van de Raad van State, actiever zou moeten worden omschreven, zoals bijvoorbeeld in het Duitse recht het geval is;
- de afschaffing van de mogelijke aanwezigheid van de voorzitter van de Orde van Vlaamse Balies, waarvan de noodzaak betwijfeld kan worden en die desgevallend ook aan bepaalde voorwaarden kan worden gekoppeld;
- de afschaffing van de verplichte aanwezigheid van de voorzitter van de BIM-commissie, waarvoor een alternatief controlemechanisme kan worden voorzien;
- rechtmatig verkregen gegevens die, vanwege de aard zelf van de BIM-wet en zoals in de meeste andere landen het geval is, een inlichtingenfinaliteit zouden moeten hebben en geen gerechtelijke finaliteit, zodat zij niet kunnen worden gebruikt in een strafprocedure;
- onrechtmatig verkregen gegevens, waarvoor een duidelijke nietigheidssanctie zou moeten worden voorgeschreven, opdat noch de gegevens zelf noch de vruchten ervan ooit zouden kunnen worden gebruikt in een strafprocedure.

¹ Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-2030/001.

1. De Orde pleit voor een actieve notificatieplicht, zoals die in het Duitse recht bestaat en zoals gevraagd door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State

Het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst (hierna: 'BIM-wet') en van artikel 259bis van het Strafwetboek² (hierna: 'wetsontwerp'), strekt ertoe operationele problemen te ondervangen die op het terrein zijn gerezen bij de toepassing van bijzondere inlichtingenmethoden (hierna: 'BIM'), zonder te raken aan de bestaande methoden, de fundamentele rechten van de burgers of de verschillende controles.

De memorie van toelichting noemt de balans na de evaluatie van de BIM-wet van 4 februari 2010³, positief omdat de nieuwe methoden door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten "*vaak gebruikt [worden] en [...] op doeltreffende wijze [bijdragen] aan de uitvoering van de opdrachten van en door die diensten*"⁴. Niettemin wordt de vinger gelegd op bepaalde problemen, "*inzonderheid met betrekking tot de te volgen procedures, die soms een snel en doeltreffend gebruik van de methoden in de weg staan*"⁵. De Orde begrijpt ten volle dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in staat moeten worden gesteld om hun opdrachten op snelle en doeltreffende wijze uit te voeren. Zij wijst er evenwel op dat een BIM, vanwege haar aard zelf, een bijzonder ingrijpende maatregel is en dat, de noodwendigheden van de diensten niettegenstaande, blijvende aandacht vereist is voor de grondrechten van alle betrokkenen. Wat dat betreft, valt het de Orde op dat de evaluatie er kennelijk hoofdzakelijk op gericht was om de effectiviteit van de bestaande procedures te onderzoeken en niet zozeer op de mate waarin die procedures rekening houden met de **fundamentele rechten** van de burger.

Die fundamentele rechten indachtig, betreurt de Orde dat het **wetsontwerp slechts voorziet in een passieve notificatieplicht in de vorm van een 'kennisgeving op verzoek'** van diegene die vermoedt dat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een BIM⁶. Volgens het ontworpen art. 2, §3 BIM-wet, verschaft het diensthoofd immers enkel informatie "*op verzoek van iedere persoon met een persoonlijk en wettig belang die onder de Belgische rechtsmacht valt*". Zelfs wanneer er geen enkel veiligheidsgevaar meer bestaat, wordt de betrokkene wiens grondrechten per definitie ernstig zijn aangetast door de toepassing van een BIM, daarvan pas ten vroegste tien jaar na het beëindigen van de BIM op de hoogte gesteld en bovendien alleen wanneer hij daar zelf om verzoekt en een persoonlijk en wettig belang aantoonst. De Orde vreest dat een dergelijke passieve kennisgeving, op verzoek van de betrokkene, **contradictoir is met het wezen van de BIM** zelf: omdat de methoden per definitie in het geheim worden toegepast, zal de betrokkene nauwelijks elementen kunnen aandragen die zijn persoonlijk en wettig belang kunnen staven. De **kritische opmerking van de Raad van State** aangaande art. 43/4 BIM-wet, kan hier worden hernomen. De Raad stelde vast dat een persoon die klacht indient, "*zijn grieven moet vermelden en een persoonlijk en rechtmatig belang moet kunnen aantonen*", maar noemde het terecht "*weinig waarschijnlijk dat een persoon die niet zeker is dat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een bewakingsmaatregel aan die voorwaarden voldoet*"⁷.

² Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-2030/001.

³ Wet 4 februari 2010 betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, *BS* 10 maart 2010, 14916.

⁴ Wetsontwerp, 4.

⁵ Wetsontwerp, 4.

⁶ Wetsontwerp, 20.

⁷ Wetsontwerp: advies van de Raad van State nr. 59 509/4 van 27 juni 2016, 132.



De meest aangewezen oplossing voor dat probleem bestaat in het opleggen van een actieve notificatieplicht voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten om, uit eigen beweging, voortdurend of periodiek te onderzoeken of een mededeling mogelijk is. In de eerste plaats omdat een passieve kennisgeving ‘op verzoek’, zoals gezegd, onverzoenbaar is met het geheim karakter van de methoden, maar in de tweede plaats ook omdat **het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk een actieve notificatieplicht eist**. In zijn arrest van 22 september 2011, dat de bestaande kennisgevingsprocedure van art. 2, §3 BIM-wet vernietigde, oordeelde het Hof immers dat “*de persoon die het voorwerp van de methode heeft uitgemaakt, daarover ook moet worden ingelicht zodra een dergelijke kennisgeving volgens de Bestuurlijke Commissie mogelijk is zonder dat het doel van het toezicht in het gedrang wordt gebracht*”⁸. Daarmee draagt het Grondwettelijk Hof de wetgever uitdrukkelijk op om een actieve kennisgevingsplicht te voorzien zodra de commissie oordeelt dat een mededeling mogelijk is. Het ontworpen art. 2, §3 BIM-wet voldoet in dat opzicht niet aan de eisen die het Grondwettelijk Hof heeft gesteld.

De memorie van toelichting bij het voorliggende wetsontwerp haalt *grosso modo* twee redenen aan waarom niet geopteerd werd voor een actieve notificatieplicht:

- 1) Een eerste reden is de administratieve ballast die een dergelijke verplichting met zich mee zou brengen, omdat een actieve notificatieplicht “*een constant en dagelijks onderzoek [vereist] van de dossiers om na te gaan of de betrokken personen moeten geïnformeerd worden*”⁹. Voor het geval dat de wetgever oordeelt dat een **voortdurende controle** een te zware werklast zou betekenen, wijst de Orde erop dat het minstens mogelijk moet zijn om een **periodieke controle** te voorzien.
- 2) Een tweede reden is zuiver rechtsvergelijkend. De memorie van toelichting verwijst namelijk naar verschillende Europese partnerdiensten, waaruit moet blijken dat in verschillende andere landen evenmin een actieve notificatieplicht bestaat. In Nederland bestaat die verplichting wel maar daar worden “*slechts heel weinig notificaties uitgevoerd [zodat] het systeem dan ook ter discussie staat, temeer gezien het een aanzienlijke administratieve werklast inhoudt*”¹⁰.

De weinige notificaties die tot nog toe in **Nederland** gebeurd zijn, kunnen echter vooral te wijten zijn aan het feit dat de **actieve notificatieplicht nog niet lang genoeg van kracht** is om verregaande conclusies te trekken. De verplichting bestaat in Nederland immers pas sinds 2007¹¹. Nu het voorliggende wetsontwerp uitgaat van de absolute onmogelijkheid om, zelfs op verzoek, enige kennisgeving te doen binnen een periode van tien jaar¹², hoeft het niet te verwonderen dat in Nederland, in negen jaar tijd, nog niet veel notificaties hebben plaatsgevonden. Ook de bewering dat het systeem in Nederland ter discussie staat, moet sterk worden genuanceerd. Het voorstel van de Nederlandse minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties om de notificatieplicht te schrappen vond immers geen gehoor in de Tweede Kamer. Volgens BOS toonden alle fracties zich integendeel **fel voorstander van de notificatieplicht**, waarop de CTIVD een vervolgonderzoek aankondigde¹³. Uit het meest recente jaarverslag van 2015 blijkt ten

⁸ GwH 22 september 2011, nr. 145/2011, overw. B.88.

⁹ Wetsontwerp, 20.

¹⁰ Wetsontwerp, 20.

¹¹ Art. 34 wet 29 mei 2002 op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, *Stb.* 2002 (inw. 29 mei 2007).

¹² Wetsontwerp, 166.

¹³ H. BOS, “Gluren bij de burens” in VAST COMITE I (ed.), *Inzicht in toezicht – Regards sur le contrôle*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (449) 464.



slotte juist een **beweging naar meer transparantie** om “*individuele burgers, waar dat mogelijk is, meer inzicht in de overwegend geheime werkzaamheden van de AIVD en de MIVD te bieden om hen zodoende (beter) in staat te stellen de aan hen toekomende grondrechten te effectueren*”¹⁴. Een actieve notificatieplicht is uitermate geschikt om aan die bezorgdheid tegemoet te komen.

Wat de verwijzing naar andere landen betreft, valt het bovendien op dat **Duitsland** niet in de opsomming voorkomt. Die weglating is opmerkelijk omdat de Duitse geheime dienst al jarenlang succesvol met een actieve notificatieplicht werkt. Overeenkomstig §12 van *Gesetz-G10*¹⁵ (hierna: ‘G10’) is de *Bundesnachrichtendienst* immers verplicht tot *Mitteilungen an Betroffene*, in de regel zelfs zonder enige tijdsbepaling. De mededeling kan in principe slechts worden uitgesteld “*solange eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung nicht ausgeschlossen werden kann oder solange der Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes absehbar ist*”. Uit cijfers van de Duitse *Bundestag* blijkt bovendien dat **de betrokkenen in zeer veel gevallen effectief op de hoogte worden gebracht, zonder noemenswaardige problemen voor de effectiviteit** van de diensten¹⁶. Zo werden op een jaar tijd 184 van alle 419 heimelijke onderscheppingen van de post op grond van §3 G10, aan de betrokkenen meegedeeld. In 43,91% van de gevallen dus, wordt in Duitsland een heimelijke briefgeheimschennis spontaan gemeld. Dat percentage ligt zelfs nog hoger wanneer het gaat om onderschepping van telecommunicatie op grond van §5 G10: in 16 van de 28 gevallen gingen de diensten over tot een onmiddellijke mededeling, wat neerkomt op 57,14% van alle tapmaatregelen, en in 7 andere gevallen werd de mededeling slechts uitgesteld¹⁷.

De Orde van Vlaamse Balies pleit dan ook voor een meer actief omschreven notificatieplicht, zoals die in het Duitse recht bestaat, en zoals gevraagd door het Grondwettelijk Hof en de Raad van State. De burger actief informeren over de draagwijdte van *ab initio* in het geheim getroffen maatregelen, kan bovendien helpen om al te sterke verhalen over de activiteiten van de geheime diensten in het juiste perspectief te plaatsen. Voor de redactie van die actieve notificatieplicht, kan, zoals gezegd, inspiratie worden gezocht in **de Duitse §12 G10**:

¹⁴ COMMISSIE VAN TOEZICHT OP DE INLICHTINGEN- EN VEILIGHEIDSDIENSTEN (CTIVD), *Jaarverslag 2015*, 5 april 2016, <http://www.ctivd.nl>, 14.

¹⁵ Artikel 10-Gesetz vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254, 2298), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 26. Juli 2016 (BGBl. I S. 1818) geändert worden ist.

¹⁶ DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache 17/549, *Bericht gemäß § 14 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz - G 10) über die Durchführung sowie Art und Umfang der Maßnahmen nach den §§ 3, 5, 7a und 8 dieses Gesetzes (Berichtszeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2008)*, Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium, 28. Januar 2010, 5.

¹⁷ DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache 17/549, *Bericht gemäß § 14 Absatz 1 Satz 2 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz - G 10) über die Durchführung sowie Art und Umfang der Maßnahmen nach den §§ 3, 5, 7a und 8 dieses Gesetzes (Berichtszeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2008)*, Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium, 28. Januar 2010, 6.



§12 G10 (Mededelingen aan Betroffene)

- (1) Beschränkungsmaßnahmen nach § 3 sind dem Betroffenen nach ihrer Einstellung mitzuteilen. Die Mitteilung unterbleibt, solange eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung nicht ausgeschlossen werden kann oder solange der Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes absehbar ist. Erfolgt die nach Satz 2 zurückgestellte Mitteilung nicht binnen zwölf Monaten nach Beendigung der Maßnahme, bedarf die weitere Zurückstellung der Zustimmung der G10-Kommission. Die G10-Kommission bestimmt die Dauer der weiteren Zurückstellung. Einer Mitteilung bedarf es nicht, wenn die G10-Kommission einstimmig festgestellt hat, dass
 - 1° eine der Voraussetzungen in Satz 2 auch nach fünf Jahren nach Beendigung der Maßnahme noch vorliegt,
 - 2° sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft vorliegt und
 - 3° die Voraussetzungen für eine Löschung sowohl bei der erhebenden Stelle als auch beim Empfänger vorliegen.
- (2) Absatz 1 gilt entsprechend für Beschränkungsmaßnahmen nach den §§ 5 und 8, sofern die personenbezogenen Daten nicht unverzüglich gelöscht wurden. Die Frist von fünf Jahren beginnt mit der Erhebung der personenbezogenen Daten.
- (3) Die Mitteilung obliegt der Behörde, auf deren Antrag die Anordnung ergangen ist. Wurden personenbezogene Daten übermittelt, erfolgt die Mitteilung im Benehmen mit dem Empfänger.

2. De Orde heeft begrip voor de afschaffing van de mogelijke aanwezigheid van de voorzitter van de Orde van Vlaamse Balies, maar vraagt zich af of die ook niet voorwaardelijk kan worden omschreven

Wat betreft de toepassing van een BIM ten opzichte van een advocaat of arts, kan de Orde de overwegingen begrijpen die de regering ertoe brachten om de afschaffing voor te stellen van de aanwezigheid van de voorzitter van de Orde van Vlaamse Balies resp. de OBFG en de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren. Het huidige art. 18/12, §3 BIM-wet wordt in het wetsontwerp daartoe opgeheven. Als reden haalt de memorie van toelichting aan dat de aanwezigheid van de voorzitter *“het goede verloop van de methode en de veiligheid van de agenten en zijn eigen veiligheid in gevaar [kan] brengen”*¹⁸.

Toch wil de Orde in herinnering brengen dat de **aanwezigheid van de voorzitters van de ordes op dit moment al geen verplichting** is¹⁹. De verplichte aanwezigheid werd tijdens de besprekingen in de Senaat wel voorgesteld maar uiteindelijk afgewezen omdat in dat geval de afwezigheid van slechts één persoon het onderzoek zou kunnen tegenhouden²⁰. Volgens LANDUYT en BEKAERT *“[zijn] de Staatsveiligheid en de ADIV [zelfs] niet verplicht [...] om de voorzitter hiertoe daadwerkelijk uit te nodigen”*²¹. Gelet op die zeer beperkte mogelijkheid, kan dan ook de vraag worden gesteld of het **werkelijk noodzakelijk** is om haar te schrappen. In de toekomst valt het nut en zelfs de noodzaak van de aanwezigheid van de voorzitters, omwille van de bescherming

¹⁸ Wetsontwerp, 66.

¹⁹ R. VERSTRAETEN, “Het beroeps- en bronnengeheim en de BIM-Wet” in W. VAN LAETHEM, D. VAN DAELE en B. VANGEEBERGEN (eds.), *De wet op de bijzondere inlichtingenmethoden*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (151) 172.

²⁰ Wetsvoorstel betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten: amendementen, *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1053/6, 9; Wetsvoorstel betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten: verslag namens de commissie voor de Justitie, uitgebracht door de dames Taelman en Crombé-Berton, *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1053/7, 30-31.

²¹ R. LANDUYT en S. BEKAERT, “De gevolgen van de nieuwe inlichtingenwet voor het strafprocesrecht en de positie van de advocaat”, *RW* 2010-11, afl. 2, (50) 55.



van het beroepsgeheim, niet zonder meer uit te sluiten. Een andere oplossing zou kunnen zijn te bepalen dat de voorzitters steeds aanwezig mogen zijn, maar dat die **aanwezigheid hun in bepaalde gevallen, bijvoorbeeld om veiligheidsredenen, kan worden ontzegd**. Het valt immers op dat de memorie van toelichting dezelfde redenen aanhaalt voor een aanpassing van de mogelijke aanwezigheid van de voorzitters van de ordes als voor een aanpassing van de verplichte aanwezigheid van de voorzitter van de BIM-commissie, maar dat het resultaat verschillend is: terwijl de aanwezigheid van de voorzitters van de ordes in het geheel wordt afgeschaft, wordt de aanwezigheid van de voorzitter van de BIM-commissie van een verplichting tot een mogelijkheid. Het valt te overwegen of die mogelijkheid ook niet kan worden behouden voor de voorzitters van de ordes.

3. De Orde vraagt een alternatief controlemechanisme tijdens de uitvoering van een BIM, ter compensatie van de afschaffing van de verplichte aanwezigheid van de voorzitter van de BIM-commissie

De Orde begrijpt dat de verplichte fysieke aanwezigheid van de voorzitter van de BIM-commissie tijdens de uitvoering van een BIM, om veiligheidsredenen problematisch kan zijn. Het ontworpen art. 18/2, §3 BIM-wet stelt die aanwezigheid niet langer verplicht. De Orde benadrukt evenwel dat de mogelijke afwezigheid van de voorzitter van de BIM-commissie ook een **vermindering betekent van de onafhankelijkheid van de controle op het terrein**, tijdens de uitvoering van een BIM. Het is daarom raadzaam om alternatieve controlemechanismen te voorzien. Zo laat de technologie toe om de interventie bijvoorbeeld vanop afstand via **livestream-videobeelden** te volgen. Wanneer de voorzitter om veiligheidsredenen zelf niet fysiek aanwezig kan zijn, zou hij zich op die manier toch van zijn toezichtstaak kunnen kwijten. De Orde erkent dat dergelijke oplossingen de nodige middelen vergen, maar omgekeerd moet de wetgever zich ook bewust zijn van het feit dat men bezwaarlijk bijzonder ingrijpende maatregelen kan toelaten zonder de nodige controlemechanismen in te bouwen, zeker wanneer de verkregen gegevens, in tegenstelling tot wat in de meeste andere landen het geval is, een gerechtelijke finaliteit kunnen hebben. De **hoofdtak van de BIM-commissie**, aldus raadsheer DE SMET bij het Vast Comité I, blijft immers steeds “*de wettigheidscontrole van de methoden tijdens de uitvoering ervan*”²² en zonder de aanwezigheid van enig lid van de BIM-commissie tijdens die uitvoering, dreigt een wettigheidscontrole tot een loutere formaliteit te vervallen.

4. De Orde vindt dat rechtmatig verkregen gegevens een inlichtingenfinaliteit zouden moeten hebben, zodat zij niet kunnen worden gebruikt in een strafprocedure, zoals in de meeste andere landen het geval is

Dat de BIM-wet bepaalde toepassingsproblemen ondervindt op het terrein, zoals de memorie van toelichting onderschrijft²³, toont volgens de Orde aan dat de werking van inlichtingen- en veiligheidsdiensten fundamenteel verschilt van die van gerechtelijke overheden. In de **meeste landen** wordt dan ook een ‘**Chinese muur**’ **opgetrokken tussen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten enerzijds en de gerechtelijke overheden anderzijds**, zodat de inlichtingen die door de geheime diensten worden verzameld, nooit kunnen worden gebruikt in een strafproces. In het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld, bevat *Section 17* van de *Regulation of*

²² P. DE SMET, “Het Vast Comité I als rechter inzake bijzondere inlichtingenmethoden” in VAST COMITE I (ed.), *Inzicht in toezicht – Regards sur le contrôle*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (271) 291.

²³ Wetsontwerp, 4.



Investigatory Powers Act van 2000 heel duidelijk een *exclusion of matters from legal proceedings* die erin bestaat dat de door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten onderschepte informatie (*intercepted communication*) is uitgesloten van ieder gebruik in een strafproces²⁴. De Belgische wetgever sluit het gebruik van de inlichtingen in een strafproces echter niet uit. In de rechtsleer wordt meermaals benadrukt dat die keuze zeker geen evidentie is²⁵. VANDERBORGHT en VANGEEBERGEN schrijven dat de wetgever, “zonder al te veel discussie, [uitgaat] van de essentie van de gerechtelijke finaliteit boven de inlichtingenfinaliteit”²⁶.

De aanpassing van het toezicht op de uitvoering van een BIM, die door dit wetsontwerp wordt voorgesteld, werpt dan ook opnieuw de vraag op of het, bij gebrek aan een goede onafhankelijke controle van de informatiegaring op het terrein, nog wel aanvaardbaar is dat de gegevens die verzameld worden, een gerechtelijke finaliteit kunnen hebben.

5. De Orde vindt dat voor onrechtmatig verkregen gegevens een duidelijke nietigheidssanctie aangewezen is, opdat noch de gegevens zelf noch de vruchten ervan ooit zouden kunnen worden gebruikt in een strafprocedure

Bovenstaande overwegingen maken reeds duidelijk dat het voor rechtmatig door inlichtingen- en veiligheidsdiensten verkregen gegevens al helemaal niet vanzelfsprekend is dat zij zouden mogen worden gebruikt in een strafprocedure. Voor onrechtmatig verkregen gegevens is dat *a fortiori* het geval. Wat onrechtmatig verkregen gegevens betreft, blijft de onwettigheidssanctie, die door dit wetsontwerp niet wordt aangepast, verwondering wekken. Art. 46/6, §1, eerste lid BIM-wet schrijft weliswaar voor dat, bij vaststelling van een onwettigheid van een bepaalde BIM, “de gegevens die met deze methode werden verkregen niet mogen worden geëxploiteerd en dienen te worden vernietigd”, maar die **onwettigheid betekent nog geen nietigheid** op het niveau van de strafprocedure. Wordt de onrechtmatigheid pas vastgesteld door het vonnisgerecht, dan zal toepassing moeten worden gemaakt van de in art. 32 V.T.Sv. wettelijk verankerde **Antigoonleer**²⁷, hetgeen betekent dat de onrechtmatig verkregen gegevens, bij gebrek aan enige nietigheidssanctie, nog steeds als bewijsmateriaal in een strafproces gebruikt kunnen worden.

Nu de controle op de toepassing van de BIM andermaal wordt ingeperkt, wil de Orde haar bezorgdheid uitdrukken om de mogelijke omzeiling van de waarborgen voor een eerlijk strafproces en uit de Orde haar grote voorkeur voor een **duidelijke nietigheidssanctie in geval van overtreding van de BIM-wet**. Het valt te betreuren dat de enige nietigheidssanctie die de huidige BIM-wet bevat net de klacht betreft die de burger kan instellen op grond van art. 43/4 BIM-wet, maar nooit het optreden van de overheid bij het aanwenden van deze ingrijpende geheime maatregelen.

De Orde wijst er bovendien op dat **heel wat essentiële vereisten in het voorliggende wetsontwerp zelfs niet op straffe van onwettigheid**, laat staan nietigheid, zijn voorgeschreven. Zo bepaalt art. 18/3, §5 BIM-wet, voor de specifieke methoden, en art. 18/9, §4 BIM-wet, voor de uitzonderlijke methoden, bijvoorbeeld dat “[d]e vermeldingen bedoeld in 1 tot 4° [resp. 5°, 7°, 10°, 11° en 14° [resp. 13°] op straffe van onwettigheid [zijn] voorgeschreven”, maar is dat niet geval voor

²⁴ S. 17 Regulation of Investigatory Powers Act 2000.

²⁵ J. HUYSMANS, K. VAN GEYT en F. VERBRUGGEN, “Advocaten als aristocraten? Is het bijzondere BIM-regime voor advocaten verantwoord?”, *De orde van de dag* 2011, afl. 56, (73) 81.

²⁶ J. VANDERBORGHT en B. VANGEEBERGEN, “De wet op de bijzondere inlichtingenmethoden: ‘la clé de voute’ van de wettelijke omkadering voor de inlichtingendiensten?”, *De orde van de dag* 2011, afl. 56, (7) 17.

²⁷ Cass. 14 oktober 2003, RW 2003-04, 814, concl. M. DE SWAEF.



een hele reeks andere vermeldingen, waaruit men *a contrario* zou kunnen afleiden dat bij ontstentenis van die vermeldingen in geen geval tot onwettigheid zou kunnen worden besloten. De zin van die verplichte vermeldingen kan in dat geval betwijfeld worden. Bovendien - en belangrijker - is **enkel de 'vermelding' op straffe van onwettigheid** voorgeschreven, wat een materiële controle ten gronde lijkt uit te sluiten. Zo moeten de ernstige aanwijzingen van de persoonlijke betrokkenheid van de advocaat, arts of journalist verplicht vermeld worden, maar lijkt het erop dat wanneer de vermelde ernstige aanwijzingen in de feiten helemaal niet bleken te bestaan, die vaststelling niet zou leiden tot een onwettigheid.

De Orde wil dit wetsontwerp aangrijpen om eens te meer het belang te benadrukken van een gedegen materiële controle ten gronde en een duidelijke nietigheidssanctie in geval van schending van de noodzakelijke basisregels die gevolgd moeten worden bij het aanwenden van zulke ingrijpende geheime methoden.

Studiedienst van de Orde van Vlaamse Balies²⁸

20 oktober 2016

²⁸ Voor meer informatie: thomas.incalza@ordevanvlaamsebalies.be.

